

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

4ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνεδρίασε στην έδρα της στις 27 Αυγούστου 2018 με την εξής σύνθεση: Ιωάννης Κίτσος, Πρόεδρος και Εισηγητής, Χρυσάνθη Χαραλαμποπούλου, Μαρία-Ελένη Σιδέρη, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 10.08.2018 Προδικαστική Προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) ΑΕΠΠ/787/10.08.2018 της εταιρίας με την επωνυμία «.....» (άνευ αναφερόμενου διακριτικού τίτλου), όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Κατά του «ΠΑΝΑΡΚΑΔΙΚΟΥ ΓΕΝΙΚΟΥ ΝΟΣΟΚΟΜΕΙΟΥ ΤΡΙΠΟΛΗΣ “Η ΕΥΑΓΓΕΛΙΣΤΡΙΑ”» [εφεξής η αναθέτουσα αρχή] και κατά

Της από 23.08.2018 παρεμβαίνουσας εταιρίας με την επωνυμία «.....» και τον διακριτικό τίτλο «.....», όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Με την Προδικαστική Προσφυγή η αιτούσα επιδιώκει να ακυρωθεί, όπως επί λέξει αναφέρει στο Πεδίο (11) αυτής, «η προσβαλλόμενη Απόφαση και το προσβαλλόμενο Πρακτικό» της αναθέτουσας αρχής, δίχως συγκεκριμένο προσδιορισμό των στοιχείων τους, τα οποία εκδόθηκαν κατά τη διεξαγωγή του ΤΜΗΜΑΤΟΣ 2–ΟΜΑΔΑ Β του υπ’ αριθμ. πρωτ. 7478/27.04.2018 ηλεκτρονικού δημόσιου Διαγωνισμού που προκήρυξε το «Π.Γ.Ν. ΤΡΙΠΟΛΗΣ» προκειμένου να καλύψει τις ανάγκες του για 1 έτος σε οξυγόνο και αέρια προϋπολογισμού €73.976,98.

Με την παρέμβασή της η παρεμβαίνουσα επιδιώκει τη διατήρηση της ισχύος της προσβαλλόμενης Απόφασης και την απόρριψη της Προσφυγής.

Η συζήτηση άρχισε με την ανάγνωση της Έκθεσης του Εισηγητή Ιωάννη Κίτσου.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της κρινόμενης Προδικαστικής Προσφυγής προκύπτει, πως έχει δεσμευθεί, εξοφληθεί και προσκομιστεί το αναλογούν υπ' αριθμ. ηλεκτρονικό/e-παράβολο ποσού εξακοσίων ευρώ (€600) υπέρ Ελληνικού Δημοσίου σύμφωνα με τα άρθρα 363 παρ. 1 του Ν. 4412/2016 (ΦΕΚ Α' 147) και 5 παρ. 1 του Π.Δ. 39/2017 «Κανονισμός Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών ενώπιον της ΑΕΠΠ» (ΦΕΚ Α' 64) [εφεξής Κανονισμός].

2. Επειδή με την υπ' αριθμ. πρωτ. 7478/27.04.2018 Διακήρυξη που εξέδωσε ο Διοικητής του «Π.Γ.Ν. ΤΡΙΠΟΛΗΣ», συνοδευόμενη αναποσπάστως με τα ΠΑΡΑΡΤΗΜΑΤΑ I-IV αυτής, επιδιώχθηκε η διενέργεια, με χρήση της ηλεκτρονικής πλατφόρμας του ΕΣΗΔΗΣ (υπό Α/Α 57273), ανοιχτής δημόσιας διαγωνιστικής διαδικασίας κάτω των ορίων (άρθρα 2 παρ. 1 αριθμ. 8 σε συνδυασμό με 5γ), 27 και 36 Ν. 4412/2016) για την ενιαύσια προμήθεια «ΟΞΥΓΟΝΟΥ (CPV: 24111900-4)» - «ΑΕΡΙΩΝ» (CPV: 24100000-5)» προς κάλυψη των αναγκών του Νοσοκομείου (συμπεριλαμβανομένου του Ψυχιατρικού Τομέα του) (άρθρα 1.2.-1.3 σελ. 4) (βλ. και Απόσπασμα Πρακτικού της Πράξης 4/25.01.2017 του ΔΣ του «Π.Γ.Ν. ΤΡΙΠΟΛΗΣ» Θέμα 2ο: «Έγκριση τεχνικών προδιαγραφών για την προμήθεια ΟΞΥΓΟΝΟΥ-ΙΑΤΡΙΚΩΝ ΑΕΡΙΩΝ»), με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα προσφορά από οικονομική άποψη, βάσει τιμής (άρθρο 2.3.1. σελ. 19). Σύμφωνα με τη Διακήρυξη, η μέλλουσα να συναφθεί δημόσια σύμβαση προμηθειών υποδιαιρούνταν σε 2 ΤΜΗΜΑΤΑ, ήτοι τις ΟΜΑΔΕΣ Α' και Β' για την προμήθεια του ΥΓΡΟΥ ΟΞΥΓΟΝΟΥ (και της δεξαμενής που θα παραχωρούνταν στο Νοσοκομείου για όλη τη συμβατική διάρκεια) και του ΑΕΡΙΟΥ ΟΞΥΓΟΝΟΥ (περιλαμβανομένου και το διοξείδιο του άνθρακα/CO₂ σε φιάλη από 8,1 έως 15kg), μάλιστα, οριζόταν πως Προσφορές υποβάλλονται για κάθε ΤΜΗΜΑ–ΟΜΑΔΑ ξεχωριστά (δηλαδή είτε για το ΤΜΗΜΑ 1–ΟΜΑΔΑ Α είτε για το ΤΜΗΜΑ 2–ΟΜΑΔΑ Β) ή και

για τα 2 ΤΜΗΜΑΤΑ–ΟΜΑΔΕΣ, αλλά για το σύνολο των ποσοτήτων του κάθε ΤΜΗΜΑΤΟΣ–ΟΜΑΔΑΣ) (όπως αυτές περιγράφονται στους Πίνακες ειδών/υπηρεσιών του ΠΑΡΑΡΤΗΜΑΤΟΣ Ι «Αναλυτική περιγραφή φυσικού και οικονομικού αντικείμενου της σύμβασης» (προσαρμοσμένο από την αναθέτουσα αρχή) (άρθρο 1.3. σελ. 4-5). Η συνολική αξία της μέλλουσας να συναφθεί δημόσιας σύμβασης προμηθειών προϋπολογίστηκε και για τα 2 ΤΜΗΜΑΤΑ–ΟΜΑΔΕΣ για 12 μήνες στο ποσό των €91.731,46 συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ 24% (€73.976,98 χωρίς ΦΠΑ 24% €17.754,48), ήτοι για το ΤΜΗΜΑ 1-ΟΜΑΔΑ Α €74.058 και για το ΤΜΗΜΑ 2 -ΟΜΑΔΑ Β €17.703,46 συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ 24% (άρθρο 1.3. σελ. 4-5). Καταληκτική ημερομηνία για την ηλεκτρονική υποβολή των προσφορών ορίστηκε η 23.05.2018, ενώ ημερομηνία αποσφράγισης του υπο-φακέλου Δικαιολογητικά Συμμετοχής & Τεχνική Προσφορά ορίστηκε η 30.05.2018 (άρθρο 1.5. σελ. 7).

3. Επειδή, επί του Α΄ Σταδίου Ανοίγματος Δικαιολογητικών Συμμετοχής & Τεχνικών Προσφορών (άρθρα 2.4.3. και 3.1. σελ. 21 και 24-25 της Διακήρυξης), μετά την αποσφράγιση των αντίστοιχων Φακέλων στις 30.05.2018, δυνάμει του από 30.05.2018 ΠΡΑΚΤΙΚΟΥ που συνέταξε η ορισθείσα, δυνάμει της Πράξης 13/17.04.2018 (Θέμα 6ο Οικονομικό) του ΔΣ του «Π.Γ.Ν. ΤΡΙΠΟΛΗΣ», Επιτροπή Διαγωνισμού (άρθρο 221 Ν. 4412/2016) προκύπτει πως στον κρίσιμο δημόσιο Διαγωνισμό συμμετείχαν η προσφεύγουσα ««.....» καταθέτοντας την Προσφορά με ηλεκτρονικό αριθμ., η παρεμβαίνουσα «.....» την Προσφορά 98284 αλλά και η εταιρεία με την επωνυμία με τον διακριτικό τίτλο «.....» η οποία κατέθεσε την Προσφορά Η Επιτροπή Διαγωνισμού ομόφωνα πρότεινε ομόφωνα «τη συμμετοχή και των 3 εταιρειών στο επόμενο στάδιο του Διαγωνισμού, για το άνοιγμα των οικονομικών προσφορών». Ακολούθως, 13 ημέρες μετά, η ως άνω Επιτροπή προχώρησε στο Β΄ Στάδιο του Ανοίγματος των Οικονομικών Προσφορών (άρθρα 2.4.4. και 3.1. σελ. 21 και 24-25 της Διακήρυξης) των ως

άνω εταιριών και, επί τη βάσει του μειοδοτικού κριτηρίου ανάθεσης που επιλέχτηκε, πρότεινε ως προσωρινή ανάδοχο αφενός για την ΟΜΑΔΑ Α: ΟΞΥΓΟΝΟ την προσφεύγουσα για το ποσό των €37.050 χωρίς ΦΠΑ 24%, αφετέρου για την ΟΜΑΔΑ Β: ΑΕΡΙΑ την παρεμβαίνουσα για το ποσό των €13.862,73 χωρίς ΦΠΑ 24%. Τα ανωτέρω Πρακτικά επικυρώθηκαν ομόφωνα από το ΔΣ του «Π.Γ.Ν. ΤΡΙΠΟΛΗΣ», όπως προκύπτει από το Απόσπασμα Πρακτικού της Πράξης 26/03.07.2018 (Θέμα 10ο) κοινοποιηθείσα ηλεκτρονικά, μαζί με τα αντίστοιχα Πρακτικά, σε όλες τις προσφέρουσες εταιρείες στις 05.07.2018 (βλ. την υπ' αριθμ. πρωτ. 11887/05.07.2018 ενημερωτική επιστολή της αναθέτουσας αρχής). Στη μόνη εκτελεστή Απόφαση αυτή αναγράφεται ρητά πως «κατά της ανωτέρω Απόφασης χωρεί Προδικαστική Προσφυγή, σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 345επ. Ν. 4412/2016 ... εντός 10 ημερών από την επομένη της κοινοποιήσεως της παρούσας». Όμως από τα στοιχεία του ηλεκτρονικού διοικητικού φακέλου που απεστάλη προς το κρίνον Κλιμάκιο δεν προκύπτει πως η προσφεύγουσα άσκησε κατ' αυτής Προδικαστική Προσφυγή προκειμένου να αμφισβητήσει το κύρος της.

4. Επειδή, στη συνέχεια, η Επιτροπή Διαγωνισμού, σύμφωνα με τα άρθρα 103 «Πρόσκληση για υποβολή δικαιολογητικών» Ν. 4412/2016 και 3.2. «Πρόσκληση υποβολής δικαιολογητικών προσωρινού αναδόχου – Δικαιολογητικά προσωρινού αναδόχου» της Διακήρυξης, απέστειλε σε αμφοτέρους τους προσωρινούς αναδόχους την υπ' αριθμ. πρωτ. 12600/17.07.2018 επιστολή της με την οποία απαίτησε την υποβολή του φακέλου «Δικαιολογητικά μειοδότη», με τα αποδεικτικά έγγραφα νομιμοποίησης και τα δικαιολογητικά που απαιτούνται κατά περίπτωση και αναφέρονται στα ανωτέρω σχετικά, στην οποία ανταποκρίθηκαν. Η ως άνω Επιτροπή συνέταξε το από 01.08.2018 ΠΡΑΚΤΙΚΟ Αξιολόγησης Δικαιολογητικών Κατακύρωσης με το οποίο κρίθηκε πως όλα τα αντίστοιχα δικαιολογητικά των εταιριών «.....» και «.....» είναι σύμφωνα με τους όρους της Διακήρυξης, το οποίο επικυρώθηκε ομόφωνα από το ΔΣ του «Π.Γ.Ν. ΤΡΙΠΟΛΗΣ» όπως προκύπτει από το Απόσπασμα

Πρακτικού της Πράξης 29/03.08.2018 (Θέμα: 11ο), κοινοποιηθείσα ηλεκτρονικά στις προσφέρουσες εταιρείες, μαζί με όλα τα ανωτέρω Πρακτικά, στις 03.08.2018 (βλ. την υπ' αριθμ. πρωτ. 13595/03.08.2018 ενημερωτική επιστολή της αναθέτουσας αρχής). Στην, επίσης μόνη, εκτελεστή Απόφαση αυτή αναγράφεται ομοίως ρητά πως «κατά της ανωτέρω Απόφασης χωρεί Προδικαστική Προσφυγή, σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 345επ. Ν. 4412/2016 ... εντός 10 ημερών από την επομένη της κοινοποίησεως της παρούσας».

5. Επειδή, κατά πάγια νομολογία, η Διακήρυξη αποτελεί κανονιστική πράξη, η οποία διέπει τον Διαγωνισμό και δεσμεύει, τόσο την αναθέτουσα αρχή, η οποία διενεργεί αυτόν (ΣΤΕ 3703/2010, 53/2011 και ΕΑ: 16-17/2011, 348/2010 και 613/2009, ΕΣ VI Τμήμα Πράξεις 78/2007, 19/2005, 31/2003 κ.λπ.), όσο και τους διαγωνιζόμενους. Η δε παράβαση ουσιωδών διατάξεων της Διακήρυξης οδηγεί σε ακυρότητα των αποφάσεων της αναθέτουσας αρχής, με τις οποίες εγκρίνονται οι επιμέρους φάσεις της διαδικασίας, καθώς και το αποτέλεσμα του Διαγωνισμού (ΣΤΕ 2772/1986, 3670/1992, 2137/1993 κλπ), αντιστοίχως, η παράβαση τέτοιων διατάξεων της Διακήρυξης από τους διαγωνιζόμενους, καθιστά απαράδεκτες τις υποβληθείσες προσφορές τους. Περαιτέρω, κατά την ερμηνεία των όρων κάθε Διακήρυξης ο ερμηνευτής του δικαίου πρέπει να αναζητεί το πραγματικό νόημα των ενσωματωμένων σε αυτή κανόνων με αφετηρία τη λεκτική, ήτοι γραμματική διατύπωσή τους (γραμματική ερμηνευτική μέθοδος). Επίσης, σύμφωνα με την αρχή της τυπικότητας που διέπει τη συμπλήρωση των εντύπων και τον τρόπο συντάξεως, εν γένει, των προσφορών κατά τις διαδικασίες ανάθεσης των δημοσίων συμβάσεων και αποσκοπεί στην ύπαρξη διαφάνειας κατά τη διοικητική διεξαγωγή των αντίστοιχων διαγωνισμών, στην αποφυγή του κινδύνου αλλοιώσεως των προσφορών και στην ανάγκη ευχερούς συγκρίσεως αυτών μεταξύ τους, η προσκομιδή στον φάκελο της προσφοράς εκάστου διαγωνιζόμενου των οριζομένων στη διακήρυξη δικαιολογητικών απαιτείται να πραγματοποιείται με τον τρόπο που αυτή επακριβώς καθορίζει (ΣΤΕ 279/2008).

6. Επειδή, από την επισκόπηση του κειμένου της Προδικαστικής Προσφυγής της αιτούσας, η οποία αναρτήθηκε στο ΕΣΗΔΗΣ στις 10.08.2018, ιδιαίτερα από τη συμπλήρωση του Πεδίου (11) του τυποποιημένου εντύπου (η υποχρεωτική χρήση του οποίου ορίζεται κατά τα άρθρα 365 παρ. 2 Ν. 4412/2016 και 8 παρ. 2 Κανονισμού) όπου ο οικονομικός φορέας οφείλει να ενημερώσει το κρίνον Κλιμάκιο κατά ποιας ή ποιων πράξεων στρέφεται, ζητώντας έννομη προστασία κατά το προδικαστικό στάδιο, προκύπτει πως η προσφεύγουσα βάλλει αορίστως «κατά της προσβαλλόμενης Απόφασης και του προσβαλλόμενου Πρακτικού» δίχως συγκεκριμένο προσδιορισμό των στοιχείων τους (και ανεξαρτήτως του ότι οποιοδήποτε εκ των ανωτέρω γνωμοδοτικών ΠΡΑΚΤΙΚΩΝ με τα οποία η ανωτέρω Επιτροπή Διαγωνισμού εισηγείται προς το ΔΣ του «Π.Γ.Ν. ΤΡΙΠΟΛΗΣ» δε φέρει εκτελεστό χαρακτήρα), έτσι ώστε, αρχικά, οι αιτιάσεις της να προβάλλονται απαράδεκτα σύμφωνα με τα άρθρα 360 παρ. 1 Ν. 4412/2016 και 3 παρ. 1 Κανονισμού. Κατά τα άλλα, στρέφεται κατά της αποδοχής της Προσφοράς της παρεμβαίνουσας, διότι (σελ. 7 σκέψη 7): «όπως προκύπτει από τα υποβληθέντα υπ' αυτής δικαιολογητικά κατακύρωσης δεν προσκόμισε αντίγραφο άδειας κυκλοφορίας για το ιατρικό αέριο του Διοξειδίου του Άνθρακος (CO₂) από ΕΟΦ γιατί όπως προκύπτει από το επίσημο site αυτού (δηλ. του ΕΟΦ) δεν κατέχει παρόμοια άδεια. Έτσι σύμφωνα με το άρθρο 3.2 της Διακήρυξης και τον νόμο (άρθρον 103 του Ν. 4412/2016) οι προσβαλλόμενες πράξεις έπρεπε να διαπιστώσουν την έλλειψη αυτή και να καλέσουν την “.....” να συμπληρώσει τα ελλείποντα δικαιολογητικά και ειδικότερα να προσκομίσει άδεια κυκλοφορίας του ΕΟΦ για το ιατρικό αέριο του Διοξειδίου του Άνθρακος εντός προθεσμίας 5 ημερών και σε περίπτωση παρελεύσεως απράκτου της προθεσμίας αυτής να απορρίψουν την προσφορά της “.....” ως απαράδεκτον και να κατακυρώσουν και την προμήθεια των Ιατρικών Αερίων στη η οποία ήτο η επομένη μειοδότη και κατέχει άδειες κυκλοφορίας του ΕΟΦ για όλα τα υπό προμήθεια είδη (ιατρικά Αέρια)».

7. Επειδή, ανεξαρτήτως της προηγούμενης σκέψης, εάν ήθελε γίνει δεκτό πως η προσφεύγουσα στρέφεται: Α) κατά της ανωτέρω Απόφασης-Πράξης 26/03.07.2018 του ΔΣ του «Π.Γ.Ν. ΤΡΙΠΟΛΗΣ», κατά το μέρος που επικύρωσε ιδίως το από 30.05.2018 ΠΡΑΚΤΙΚΟ περί Ανοίγματος Δικαιολογητικών Συμμετοχής & Τεχνικών Προσφορών, με το οποίο κρίθηκε από τη διεξάγουσα την επίμαχη διαγωνιστική διαδικασία ανάθεσης Επιτροπή Διαγωνισμού η συμφωνία της Τεχνικής Προσφοράς της παρεμβαίνουσας με το κανονιστικό πλαίσιο της Διακήρυξης, αυτή απαραδέκτως και πάλι αιτιάται δεδομένου πως έχει ήδη απολέσει, σύμφωνα με τα άρθρα 361 παρ. 1 περ.(α) Ν. 4412/2016 και 4 παρ. 1 περ.(α) του Κανονισμού, την προθεσμία προσβολής κατά της μόνης εκτελεστής Απόφασης-Πράξης αυτής, ήτοι έπρεπε η αιτούσα να είχε ασκήσει Προδικαστική Προσφυγή κατά της Απόφασης-Πράξης αυτής το αργότερο 10 ημέρες μετά την κοινοποίησή της σε αυτή (την προσφεύγουσα) η οποία έγινε ηλεκτρονικά στις 05.07.2018. Β) Κατά της ανωτέρω Απόφασης-Πράξης 29/03.08.2018 του ΔΣ του «Π.Γ.Ν. ΤΡΙΠΟΛΗΣ», κατά το μέρος που επικύρωσε το από 01.08.2018 ΠΡΑΚΤΙΚΟ Αξιολόγησης Δικαιολογητικών Κατακύρωσης, με το οποίο κρίθηκε, όσον αφορά την παρεμβαίνουσα «.....», ότι τα δικαιολογητικά κατακύρωσης που υπέβαλε είναι σύμφωνα με τους όρους της Διακήρυξης, παρά τις προβαλλόμενες αιτιάσεις του προσφεύγοντος, όπως αναφέρονται ανωτέρω (σκέψη 6), περί «μη προσκόμισης αντιγράφου άδειας κυκλοφορίας για το ιατρικό αέριο του διοξειδίου του άνθρακος/CO₂ από ΕΟΦ», τότε εμπρόθεσμα μεν στρέφεται, σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 361 παρ. 1 περ. (α) Ν. 4412/2016 και 4 παρ. 1 περ. (α) Κανονισμού, πλην όμως ανεπικαίρως αιτιάται ως προς το διαγωνιστικό στάδιο προβολής τους, ήτοι το πρώτον μετά την ολοκλήρωση του ελέγχου των δικαιολογητικών κατακύρωσης και προ της σύναψης της αντίστοιχης δημόσιας σύμβασης προμηθειών. Και υπό την εκδοχή αυτή, λοιπόν, η Προσφυγή της αιτούσας πρέπει να απορριφθεί ως απαράδεκτη κατά το μέτρο που δεν προσέφυγε το πρώτον κατά της ανωτέρω Απόφασης-Πράξης 26/03.07.2018 η οποία επικύρωσε τη συμφωνία του ΤΕΥΔ της παρεμβαίνουσας με το κανονιστικό πλαίσιο της Διακήρυξης. Συγκεκριμένα, στο Πεδίο Γ: «Τεχνική και Επαγγελματική ικανότητα» της σελ. 13

στην ερώτηση 12 η παρεμβαίνουσα κλήθηκε να απαντήσει: «Για δημόσιες συμβάσεις προμηθειών: Μπορεί ο οικονομικός φορέας να προσκομίσει τα απαιτούμενα πιστοποιητικά που έχουν εκδοθεί από επίσημα ινστιτούτα ελέγχου ποιότητας ή υπηρεσίες αναγνωρισμένων ικανοτήτων, με τα οποία βεβαιώνεται η καταλληλότητα των προϊόντων, επαληθευόμενη με παραπομπές στις τεχνικές προδιαγραφές ή σε πρότυπα, και τα οποία ορίζονται στη σχετική διακήρυξη ή στην πρόκληση ή στα έγγραφα της σύμβασης που αναφέρονται στη διακήρυξη; ... Εάν η σχετική τεκμηρίωση διατίθεται ηλεκτρονικά, αναφέρετε:», ερώτημα στο οποίο η παρεμβαίνουσα εταιρία απάντησε: «[X] Ναι» σημειώνοντας ότι: «Η εταιρεία “.....” διαθέτει και προσκομίζουμε με την Προσφορά μας τα ακόλουθα: -Υπουργείο Ανάπτυξης & Ανταγωνιστικότητας / Γεν. Γραμ. Βιομηχανίας / Γεν. Δ/ση Στηρ. Βιομηχανίας / Δνση Ανάπτυξης & Συντονισμού –Άδεια Λειτουργίας Εργοστασίου –ΕΟΦ – Άδεια Κυκλοφορίας φαρμακευτικού προϊόντος, Άδεια Εισαγωγής φαρμακευτικού προϊόντος», - Ανεξάρτητη αρχή (π.χ. ΕΒΕΤΑΜ) – Άδεια υδραυλικής δοκιμής – Ανεξάρτητη αρχή διασφάλισης ποιότητας (π.χ. TUV) – ISO 9001:2015 / ISO 13485/2012 / Υπ. Αρχ. 1348-2004)». Δηλαδή δεν αποδεικνύεται πως η παρεμβαίνουσα δήλωσε, στο προκαταρκτικό στάδιο υπευθύνως συμπληρώνοντας το ΤΕΥΔ, πως κατέχει το επίμαχο «αντίγραφο της άδειας κυκλοφορίας για το ιατρικό αέριο του Διοξειδίου του Άνθρακος/CO2 από ΕΟΦ». Συνεπώς, στο πλαίσιο της αξιολόγησης του ΤΕΥΔ ως απαραίτητο στοιχείο της Τεχνικής Προσφοράς των διαγωνιζομένων (άρθρο 2.4.3. σελ. 21 της Διακήρυξης), η αναθέτουσα αρχή με την ανωτέρω Απόφασή της επικύρωσε το αντίστοιχο ΠΡΑΚΤΙΚΟ Δικαιολογητικών Συμμετοχής & Τεχνικών Προσφορών κατά του οποίου, από τα στοιχεία του ηλεκτρονικού διοικητικού φακέλου προκύπτει ότι δε στράφηκε η αιτούσα διά κατάθεσης αντίστοιχης Προδικαστικής Προσφυγής, αποδεχόμενη έτσι τη νομική εγκυρότητά του στο πλαίσιο διεξαγωγής του κρίσιμου δημόσιου Διαγωνισμού ο οποίος συνιστά, εξ απόψεως γενικού διοικητικού δικαίου, σύνθετη διοικητική ενέργεια (βλ. αναλυτικά Δ. Πυργάκης, «Το έννομο συμφέρον στη δίκη ενώπιον του Συμβουλίου της Επικρατείας», ΝΟΜΙΚΗ ΒΙΒΛΙΟΘΗΚΗ 2017, σελ. 281επ. και Ι. Κίτσος, «Το έννομο συμφέρον ως προϋπόθεση

παραδεκτού της ακυρωτικής διοικητικής δίκης», Ομιλία στο 5ο Ετήσιο Επιστημονικό Συνέδριο «ΔΙΑΛΟΓΟΙ ΣΥΝΤΑΓΜΑΤΙΚΟΥ, ΔΙΟΙΚΗΤΙΚΟΥ ΚΑΙ ΕΥΡΩΠΑΪΚΟΥ ΔΙΚΑΙΟΥ», που διοργάνωσε η Ένωση Ελλήνων Δημοσιολόγων (ΕΕΔ) σε συνεργασία με τον Δικηγορικό Σύλλογο Βόλου (ΔΣΒ), πραγματοποιηθέν στο Τεχνικό Επιμελητήριο (Τ.Ε.Ε.) Μαγνησίας στις 11-12.5.2017).

8. Επειδή, σε κάθε περίπτωση, ομοίως ως απαράδεκτη ελλείπει εννόμου συμφέροντος πρέπει να απορριφθεί η Προσφορά της «.....», η οποία μολονότι επικαλείται πως «κατέχει την υπ' αριθμ. αριθμόν 50155/17/20.3.2018 άδεια κυκλοφορίας για το ιατρικό αέριο του Διοξειδίου του Άνθρακος (CO₂) από τον Ε.Ο.Φ.» εντούτοις ουδέν σχετικό έγγραφο προσκομίζει αυτή ενώπιον του κρίνοντος Κλιμακίου προς απόδειξη, κατά τα όσα υποστηρίζει, ότι πρέπει να καταστεί ανάδοχος, προσθέτως, και του ΤΜΗΜΑΤΟΣ 2-ΟΜΑΔΑ Β του κρίσιμου δημόσιου Διαγωνισμού. Όπως θα αναφερθεί στην παρακάτω σκέψη, σε κάθε περίπτωση την άδεια αυτή αμφισβητεί επί της ουσίας η παρεμβαίνουσα (σελ. 11-12).

9. Επειδή, με έννομο συμφέρον και εν γένει παραδεκτά παρεμβαίνει η εταιρία «.....» καταθέτοντας, δια ανάρτησης στο ΕΣΗΔΗΣ και προσκομίζοντας τα σχετικά έγγραφα 1α/β-9 και Α-Ε, την από 23.08.2018 Παρέμβασή της εμπρόθεσμα, σύμφωνα με τα άρθρα 362 παρ. 2 Ν. 4412/2016 και 7 Κανονισμού, ήτοι εντός προθεσμίας 10 ημερών από την κοινοποίηση σε αυτή της Προδικαστικής Προσφυγής της αιτούσας η οποία έγινε από την αναθέτουσα αρχή ηλεκτρονικά την 13.108.2018 (βλ. την υπ' αριθμ. πρωτ. 14030/13.08.2018) Επιστολή της αναθέτουσα αρχής). Ειδικώς με την Παρέμβασή της υποστηρίζει: Α) το απαράδεκτο της Προφυγής λόγω αοριστίας (σελ. 6). Β) «Η “.....” διαθέτει όλες τις απαιτούμενες άδειες κυκλοφορίας για τα ιατρικά αέρια που εμπίπτουν στην έννοια του φαρμάκου, δηλαδή για το ιατρικό οξυγόνο (υγρό και αέριο), πρωτοξειδίο του αζώτου και τον συνθετικό αέρα. Εν προκειμένω δε από τα προαναφερόμενα

αέρια αντικείμενο προμήθειας της παρούσας Διακήρυξης αποτελούσαν το ιατρικό οξυγόνο (υγρό και αέριο), ενώ η εταιρία μας όφειλε να προσκομίσει μόνο την άδεια κυκλοφορίας για το αέριο ιατρικό οξυγόνο καθώς αυτό μόνο ενέπιπτε στην ΟΜΑΔΑ Β, η οποία κατακυρώθηκε στην εταιρία μας. Διευκρινίζουμε δε, όπως θα αναλύσουμε αμέσως πιο κάτω, ότι τα υπόλοιπα υπό προμήθεια ιατρικά αέρια της Διακήρυξης (όπως το διοξείδιο του άνθρακα) δεν εμπίπτουν στην έννοια του φαρμάκου και συνεπώς γι' αυτά δεν απαιτείτο η προσκομιδή άδειας κυκλοφορίας» (σελ. 7). Γ) «Επισημαίνουμε δε ότι η κατοχή της υπ' αριθμ. 50155/20-3-2018 άδειας κυκλοφορίας της “.....” (στην οποία και μόνο η ίδια στηρίζει τον ισχυρισμό της περί δήθεν υποχρέωσης προσκόμισης εκ μέρους της εταιρίας μας άδειας κυκλοφορίας για το διοξείδιο του άνθρακα) ουδόλως αναιρεί τα ανωτέρω, δεδομένου ότι η εν λόγω άδεια αναφέρει ότι το φαρμακευτικό διοξείδιο του άνθρακα “.....” χρησιμοποιείται μόνο διά εισπνοής (βλ. παρ. 7, σελ. 5 της ως άνω άδειας – Σχετικό 9). Ως εκ τούτου, προφανές είναι ότι δεν αφορά όλες τις υπόλοιπες χρήσεις του διοξειδίου του άνθρακα (κρυσθεραπεία, λαπαροσκόπηση κλπ), για τις οποίες το εν λόγω αέριο κυρίως χρησιμοποιείται (και θα χρησιμοποιηθεί και από το Νοσοκομείο) και για τις οποίες θεωρείται και αντιμετωπίζεται ως ιατροτεχνολογικό προϊόν» (σελ. 11-12). Γ) «α) Κατ' αρχάς, στη Διακήρυξη ούτε στο άρθρο 2.2.6, σελ. 15 ούτε και σε κανένα άλλο σημείο αυτής προκύπτει για ποια συγκεκριμένα από τα υπό προμήθεια αέρια απαιτείται να προσκομιστεί άδεια κυκλοφορίας του ΕΟΦ. Το μόνο που αναφέρεται στον όρο 2.2.6 περ. 3 της Διακήρυξης είναι ότι οι συμμετέχοντες θα πρέπει να διαθέτουν άδεια κυκλοφορίας από τον ΕΟΦ, χωρίς να ορίζεται ότι αυτή απαιτείται δήθεν για όλα τα υπό προμήθεια αέρια. Ειδικότερα δε, σε κανένα σημείο της Διακήρυξης δεν ορίζεται ότι για το διοξείδιο του άνθρακα απαιτείται να προσκομιστεί άδεια κυκλοφορίας του ΕΟΦ. Προφανές είναι –και με βάση τα όσα έχουμε ήδη αναφέρει- ότι άδεια κυκλοφορίας απαιτείται να προσκομιστεί μόνο για όσα από τα υπό προμήθεια ιατρικά αέρια εμπίπτουν στην έννοια του φαρμάκου και όχι για το σύνολο των υπό προμήθεια αερίων. Άλλωστε, από την ίδια τη Διακήρυξη προκύπτει ξεκάθαρα ότι η άδεια κυκλοφορίας απαιτείται για το οξυγόνο (υγρό

και αέριο), το οποίο χαρακτηρίζεται ως ιατρικό σε αντίθεση με το διοξείδιο του άνθρακα για το οποίο δεν υπάρχει κάποιος αντίστοιχος προσδιορισμός (βλ. σχετικά ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ ΙΙ, σελ. 37 της Διακήρυξης). Παράλληλα δε, δεν διευκρινίζεται στη Διακήρυξη ποια θα είναι και η χρήση του διοξειδίου του άνθρακα, με αποτέλεσμα να εκλαμβάνεται από το μέσο συνετό προμηθευτή ότι η χρήση του θα είναι η συνήθης (κρυοθεραπεία, λαπαροσκόπηση κλπ), για τις οποίες το διοξείδιο του άνθρακα αποτελεί ιατροτεχνολογικό προϊόν και όχι φάρμακο. Ως εκ τούτου, από τη στιγμή που κάτι τέτοιο δεν προκύπτει τουλάχιστον σαφώς από τη Διακήρυξη δεν μπορεί να οδηγήσει και σε απόρριψη της προσφοράς μας ή των κατακυρωτικών εγγράφων που προσκομίσαμε». Επιπλέον: «β) Στο άρθρο 2.2.9.2 της Διακήρυξης (σελ. 16) ορίζονται τα εξής: “Το δικαίωμα συμμετοχής των οικονομικών φορέων και οι όροι και προϋποθέσεις συμμετοχής τους, όπως ορίζονται στις παραγράφους 2.2.1 έως 2.2.8 κρίνονται κατά την υποβολή της προσφοράς, κατά την υποβολή των δικαιολογητικών της παρούσας και κατά τη σύναψη της σύμβασης στις περιπτώσεις του άρθρου 105 παρ. 3 περ. γ’ του Ν. 4412/2016”. Η εταιρία μας δε κατά την υποβολή της τεχνικής της προσφοράς υπέβαλε μεταξύ άλλων και τις άδειες κυκλοφορίας που κατείχε για τα υπό προμήθεια προϊόντα που τούτο απαιτείτο, δηλαδή υπέβαλε με την τεχνική της προσφορά άδεια κυκλοφορίας για το υγρό και αέριο ιατρικό οξυγόνο, χωρίς να καταβάλει προφανώς –καθώς κάτι τέτοιο δεν απαιτείται ούτε από το νόμο ούτε από τη Διακήρυξη– άδεια κυκλοφορίας για το διοξείδιο του άνθρακα (βλ. σχετικά την τεχνική προσφορά της εταιρίας μας –Σχετικό 10). Ενώ, για το διοξείδιο του άνθρακα προσκόμισε έγγραφα, σχετικά με τη χρήση του ως ιατροτεχνολογικό προϊόν. Ωστόσο, ούτε η εταιρία “.....” ούτε το Νοσοκομείο ανέφεραν ότι θα έπρεπε η εταιρία μας επιπλέον να προσκομίσει ή να διαθέτει άδεια κυκλοφορίας για το Διοξείδιο του άνθρακα. Αντίθετα, η Τεχνική Προσφορά μας έγινε απολύτως δεκτή με το αντίστοιχο Πρακτικό του Νοσοκομείου (Σχετικό Δ), το οποίο δεδομένου ότι δεν έχει προσβληθεί με τα προβλεπόμενα ένδικα βοηθήματα εντός της νόμιμης προθεσμίας αναπτύσσει πλήρως την ισχύ του (τεκμήριο νομιμότητας) και δεν μπορεί να αμφισβητηθεί στο παρόν –

μεταγενέστερο- στάδιο της διαδικασίας. Συνεπώς, το Νοσοκομείο αποδέχτηκε ότι το ίδιο θα χρησιμοποιήσει το διοξειδίο του άνθρακα ως ιατροτεχνολογικό προϊόν. Άλλωστε, θα ήταν τουλάχιστον ανεπιεικές και αντίθετο στην αρχή της χρηστής διοίκησης και της εμπιστοσύνης του διοικουμένου (εάν το Νοσοκομείο πράγματι υπολάμβανε ότι το διοξειδίο του άνθρακα ενέπιπτε στην έννοια του φαρμάκου) να κάνει δεκτή την Τεχνική μας Προσφορά αρχικά (παρά το ότι ήταν προφανές ότι δεν διαθέταμε άδεια κυκλοφορίας για το διοξειδίο του άνθρακα) και εν συνεχεία στο στάδιο της κατακύρωσης να μας κηρύξει έκπτωτους από το Διαγωνισμό. Καμία άλλη ερμηνευτική εκδοχή (πέραν αυτής που αναφέρουμε, ότι δηλαδή δεν απαιτείτο να προσκομίσουμε για το διοξειδίο του άνθρακα άδεια κυκλοφορίας του ΕΟΦ) δεν μπορεί να γίνει δεκτή, δεδομένου ότι οποιαδήποτε άλλη ερμηνεία εκτός του ότι αντιτίθεται στο άρθρο 2 παρ. 1 της ΥΑ Δ.ΥΓ3α/Γ.Π. 32221/2013 (ΦΕΚ Β΄/1049/29-4-2013) – περί φαρμάκων (όπως πιο πάνω αναλύουμε), αποτελεί ανεπίτρεπτη και παράνομη εκ των υστέρων (μετά την υποβολή και το άνοιγμα των προσφορών) τροποποίηση των όρων της Διακήρυξης (έτσι όπως αυτή ήδη έχει ερμηνευτεί τόσο από το Νοσοκομείο όσο και από τους υπόλοιπους συμμετέχοντες)...

10. Επειδή, στα υπ' αριθμ. πρωτ. 14075 και 14076/14.08.2018 έγγραφα που απέστειλε η αναθέτουσα αρχή περιέχονται οι Απόψεις του «Π.Γ.Ν. ΤΡΙΠΟΛΗΣ» στις οποίες, πέρα από συνοπτική αναφορά στα στάδια της διαγωνιστικής διαδικασίας, η αναθέτουσα αρχή δεν προβαίνει σε ουσιαστική αντίκρουση των λόγων της Προσφυγής της αιτούσας αναφέροντας μόνο, ήτοι χωρίς να παίρνει θέση επί του τιθέμενου με την Προδικαστική Προσφυγή της αιτούσας νομικού ζητήματος ότι: «Στον (υπο)φάκελο “Δικαιολογητικά Μειοδότη” η εταιρεία “.....” (αρ. ηλεκτρ. Προσφ. 98284) έχει καταθέσει την με αρ. 101632/16.12.2014 άδεια κυκλοφορίας φαρμακευτικού προϊόντος με ημερομηνία λήξης την 31.12.2019 και τις μεταγενέστερες τροποποιήσεις αυτής που αφορούν το φαρμακευτικό οξυγόνο» τονίζοντας ξεκάθαρα πως: «Δεν έχει υποβληθεί [από την εταιρία αυτή] άδεια κυκλοφορίας για το αέριο “Διοξειδίο του άνθρακα”».

11. Επειδή, ανεξαρτήτως των ανωτέρω σκέψεων με τις οποίες απορρίπτεται η Προδικαστική Προσφυγή της αιτούσας ως απαράδεκτη, πρέπει να υπενθυμιστεί πως ανάμεσα στις ανταιτιάσεις της παρεμβαίνουσας (σελ. 12-14 της Παρέμβασης) περιλαμβάνεται ρητά ο ισχυρισμός περί «ασάφειας της Διακήρυξης» η οποία προκαλείται στον «μέσο συνετό προμηθευτή» έτσι ώστε η κανονιστική έλλειψη αυτή «να μην μπορεί να οδηγήσει και σε απόρριψη της προσφοράς μας ή των κατακυρωτικών εγγράφων που προσκομίσαμε». Κατά την κρίση του Κλιμακίου, εάν δινόταν η δυνατότητα στην κρίνουσα Σύνοψη να εξετάσει την ουσιαστική βασιμότητα των ισχυρισμών της προσφεύγουσας, θα έπρεπε ειδικώς να εξεταστεί, το γεγονός ότι η αναθέτουσα αρχή επικυρώνοντας το από 30.05.2018 ΠΡΑΚΤΙΚΟ Ανοίγματος των Δικαιολογητικών Συμμετοχής & Τεχνικών Προσφορών, και ελέγχοντας ειδικώς τη σύμφωνη με τη Διακήρυξη συμπλήρωση του ΤΕΥΔ ως προς όλα τα Πεδία του, συγκεκριμένα ως προς το Πεδίο Γ: «Τεχνική και επαγγελματική ικανότητα» σελ. 13 ερώτημα 12, αποδέχτηκε πως, παρά το γεγονός πως η παρεμβαίνουσα δεν είχε επικαλεστεί πως θα προσκομίσει κάποιο «αντίγραφο άδειας κυκλοφορίας για το ιατρικό αέριο του διοξειδίου του άνθρακος/CO₂ από ΕΟΦ», η Τεχνική Προσφορά της κρίθηκε ότι ήταν σύμφωνη με τις απαιτήσεις της Διακήρυξης. Εξ αυτής της νομικής αποδοχής έχει δημιουργηθεί μία αντικειμενική κατάσταση δικαίου από την αναθέτουσα αρχή, η οποία αντί να απορρίψει την Προσφορά της παρεμβαίνουσας (κατά τα όσα ισχυρίζεται η αιτούσα, εντούτοις) την έκανε δεκτή και την προέκρινε στα 2 επόμενα στάδια του Διαγωνισμού (Ανοίγματος των Οικονομικών Προσφορών και των Δικαιολογητικών Κατακύρωσης), ανάγκη για τήρηση της ασφάλειας δικαίου η οποία διατρέχει όλη τη νομολογία του Ανωτάτου Διοικητικού Δικαστηρίου σε υποθέσεις δημοσίων Διαγωνισμών που τίθενται ενώπιόν του. Όμως οι ανταιτιάσεις αυτές, στο παρόν στάδιο της υπόθεσης, δεν μπορούν να εξεταστούν δεδομένου πως έχει ήδη κριθεί το απαράδεκτο των προβαλλόμενων αιτιάσεων.

12. Επειδή, κατ' ακολουθία, η κρινόμενη Προδικαστική Προσφυγή πρέπει να απορριφθεί ως απαράδεκτη και να γίνει δεκτή η παρέμβαση.

13. Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, το Παράβολο που κατέθεσε η προσφεύγουσα πρέπει να καταπέσει (άρθρα 363 παρ. 5 Ν. 4412/2016 και 5 παρ. 5 Κανονισμού).

Για τους λόγους αυτούς

Απορρίπτει την Προδικαστική Προσφυγή.

Δέχεται την Παρέμβαση.

Ορίζει την κατάπτωση του προσκομισθέντος Παραβόλου.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 27 Αυγούστου και εκδόθηκε στις 17 Σεπτεμβρίου.

Ο Πρόεδρος

Η Γραμματέας

Ιωάννης Κίτσος

Ιωάννα Κακλαμάνη